

正本

檔 號：  
保存年限：

全聯	103年6月9日
不動產	
收文	第 8674 號

## 金融監督管理委員會 函

機關地址：新北市板橋區縣民大道2段7號18樓  
承辦人：邱子慈  
電 話：(02)89689627  
傳 真：(02)89691366

台北市安和路1段29號8樓

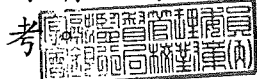
受文者：中華民國不動產開發商業同  
業公會全國聯合會(代表人  
吳寶田)

發文日期：中華民國103年6月5日  
發文字號：金管銀法字第10300129181號  
速別：  
密等及解密條件或保密期限：  
附件：

主旨：有關地上權標售案之「使用權」得否作為質權設定標的一案，復如說明，請查照。

說明：

- 一、復貴公會103年4月29日(103)不動產開發全聯字第8579號函。
- 二、所詢事項涉及民法適用疑義及銀行授信實務，依民法第900條規定，可讓與之債權始得設定權利質權。依據法務部103年1月15日召開「研商以地上權之區分所有建物使用權提供設定權利質權可能性之探討」會議結論，地上權之區分所有建物使用權可移轉，並具可讓與性，則該使用權應可作為權利質權之標的。
- 三、次依前揭會議結論所指，地上權之區分所有建物使用權應可作為權利質權之標的一節，本會已將旨揭會議結論及紀錄請銀行公會轉知各會員機構，俾作為辦理相關業務之參考。



正本：中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會(代表人吳寶田)  
副本：立法院院長室、立法委員廖正井國會辦公室、本會國會聯絡組

主任委員 **曾銘宗**

發文方式：郵寄

檔 號：

保存年限：

全聯	103年4月9日
不動產	
收文	第 8578 號

# 法務部 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段  
130號

承辦人：郭曉菁  
電話：02-21910189#2231

106

臺北市大安區安和路一段29號8樓

受文者：中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會

發文日期：中華民國103年4月25日

發文字號：法律字第10303505020號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如主旨

主旨：檢送本部103年1月15日召開「研商以地上權之區分所有建物  
使用權提供設定權利質權可能性之探討」會議結論及會議紀  
錄乙份。請查照。

說明：本次會議結論係就旨揭議題之法律面提供意見。至於銀行實  
務是否就地上權之區分所有建物使用權提供設定權利質權，  
應屬金融監督管理委員會權責，宜由該會本於職權審酌之，  
併予敘明。

正本：陳政務次長明堂、謝教授在全、朱教授柏松、黃教授立、林前理事長旺根、司法  
院民事廳、內政部地政司、財政部國有財產署、金融監督管理委員會銀行局、行  
政院公共工程委員會、中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會、立法院長  
國會辦公室

副本：本部法制司、本部法律事務司邱司長美育、鍾副司長瑞蘭、郭專門委員全慶、邱  
專門委員銘堂、陳科長忠光、郭專員曉菁、王科員上維（均含附件）

# 部長 羅瑩雪

## 法務部「研商以地上權之區分所有建物使用權提供設定權利質權可能性之探討」會議結論

壹、時間：103年1月15日（星期三）上午9時30分

貳、地點：本部2樓簡報室

參、主席：陳政務次長明堂、謝教授在全

肆、出席人員：如後附簽到簿

伍、列席人員：如後附簽到簿

陸、發言要旨：(略)

柒、結論：

一、有關地上權之區分所有建物使用權是否為民法第757條所稱習慣法之物權乙節：

內政部地政司之意見認為參照最高法院17年上字第613號民事判例，習慣法之成立，須以多年慣行之事實及普通一般人之確信心為其基礎，地上權人將標的物土地之使用權讓與他人，該使用權是否為物權，是否已具有多年慣行之事實，及滿足習慣法之要件？以及法院是否承認，亦需形成司法見解。惟如非屬習慣法之物權，其是否得設定擔保物權，仍有疑義，爰此部分仍須再就學理及實務深入探討。

二、使用權作為權利質權之適法性及可行性之疑義：

地上權人於標的物土地建造區分所有建築物後，分別讓售時，與區分所有建築物買受人約定土地使用權移轉於買受人，此為地上權人與區分建築物買受人間債之關係(債權)。又該使用權之讓與若為有償者，與民法有名契約性質最相近者為租賃；一般租賃經出租人同意者可讓與，故該使用權之讓與僅需地上權人同意，則此使用權可移轉，並具可讓與性，應可作為權利質權之標的。

主席：陳明堂、謝在全

記錄：郭曉菁

## 法務部「研商以地上權之區分所有建物使用權提供設定權利質權可能性之探討」會議紀錄

壹、時間：103年1月15日（星期三）上午9時30分

貳、地點：本部2樓簡報室

參、主席：陳政務次長明堂、謝教授在全

肆、出席人員：如後附簽到簿

伍、列席人員：如後附簽到簿

陸、發言要旨：

主席（陳政務次長明堂）：

謝前副院長、各位與會學者及行政機關同仁大家好。今日研商以地上權之區分所有建物使用權關於設定權利質權的部分，是因為實務曾經歷的問題，麻煩各位學者、行政機關提供意見，對於法律面、實務面或是未來透過修法來處理。現在請謝前副院長指教，謝謝。

主席（謝教授在全）：

請教財政部國有財產署，依據102年9月30日修正國有非公用土地設定地上權作業要點第13點，如果地上權設定後，地上權人興建好建築物，可否讓售建築物，然後出租地上權標的物（即土地）於受讓人？

財政部國有財產署王組長秀時：

主席詢問的是依據102年9月30日修正之現行規定，地上權人出租與出售給他人建築使用？

主席（謝教授在全）：

依據現行規定的第13點，解釋上是否只是空地不能出租？

財政部國有財產署王組長秀時：

是的。

主席（謝教授在全）：

但是建築物蓋好以後，建築物也可以出售，然後地上權標的物可

以出租，是否如此？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

沒有，依據修正前國有非公用土地設定地上權作業要點 16 點，建物不能部分出售。

**主席(謝教授在全)：**

不是，地上權得標後，地上權人在土地上蓋好建築物，出售建築物，可否把地上權標的物，也就是土地出租於建築物買受人？因為建築物買受人希望拿到土地之使用權。

**財政部國有財產署王組長秀時：**

不可以。

**主席(謝教授在全)：**

土地可否出租？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

土地的部分，因為土地是設定地上權予地上權人，回歸民法的概念，地上權與地上物不能分開移轉。現行地上物的移轉是依照國有非公用土地設定地上權作業要點第 16 點及 16 點之 1。

**主席(謝教授在全)：**

地上權人標到地上權，也依照契約約定興建建築物，但是將其中一部分建築物賣給第三人，買受人對土地沒有使用權，希望地上權人出租土地，因為地上權人可以出租土地，買受人取得建築物所有權和土地的租賃權，是否可行？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

依修正前規定地上物不能部分出售。

**主席(謝教授在全)：**

更簡單一點，地上權人出租興建完成的建築物，因為出租建築物，土地也一併出租，是否可行？各位與會學者及機關代表大家好，今日的主持人是陳次長，還是請陳次長先說明。

**主席(陳政務次長明堂)：**

感謝前副院長，謝前副院長是物權專家，另外此議題也牽涉很

多債權問題，也一併請教一些債權的學者，希望能夠在法理上指教。先請不動產開發商業同業公會說明背景，實務上為何會形成這個問題？

**不動產開發商業同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

謝謝兩位主席、各位學者及與會先進。首先謝謝法務部讓公會有機會來陳述意見與建議。這個問題的源頭在於公有土地目前以不出售為原則，所以在實務上有很多這種土地，都位於住宅區，透過興建住宅出售，財政部在去(102)年9月30日，允許國有非公用土地以分割出售的方法處理地上權人興建的建築物。而所謂分割出售，就是出售建築物的區分所有權，以及對應的地上權持分。這種方式除了可活化國有資產以外，也可以讓買受人取得建築物的所有權以及地上權持分，這是照顧民眾的德政，那麼這次准許分割出售的主要目的，也讓經濟比較弱勢的民眾能拿到建物的所有權及地上權的持分進行融資。但是過去有段時間，在這些標售的地上權的土地上所興建的房屋不能分割出售，所以建築物買受人並未取得房屋所有權，如果不承認此種買賣契約，買受人取得的房屋使用權可以當作設質的標的的話，就會讓消費者在居住上面臨困境，第一，買受人沒有擔保品，目前在實務上沒有一個比較積極的認可此種使用權可以當作一個融資的擔保標的，所以貸款變成非常困難，縱然有銀行願意貸款，讓這種出售使用權的房屋融資，也會要求貸款人以連帶保證或信用保證來辦理，不過貸款額度很低、年限很短、利率很高，讓購買使用權房屋的民眾，相對於取得所有權的經濟強者，他的融資條件當中，負擔變得更重，我覺得這個問題應該站在保護經濟弱勢的角度，多一點衡量，所以公會建議，這種房屋的使用權既然是一種得讓與的債權，在沒有法律禁止的情形，得作為擔保品，可辦理融資，作為質權的標的，相關法律意見，公會在去年八月，舉辦研討會，也感謝法務部的承辦單位把研討會的會議紀錄列在今日的會議資料，敬請各位參考。所以公會今天也請當時參與研討會的顧問，邱聰智教

授及陳榮隆副校長來協助本會提供法律意見，以上說明，謝謝。

**主席（陳政務次長明堂）：**

今日會議資料附件一是去年財政部修正前國有非公用土地設定地上權作業要點，附件二是去年9月30日修正後的作業要點，現在財政部是以附件二的資料為主，請各位交互參照新舊條文。目前國有非公用土地設定地上權是依附件二新的作業要點。請問公會秘書長，公會的問題是否屬於舊案？去年9月30日發布以後，新的案件是否有問題？

**不動產開發商業同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

沒有問題。去年9月30日以後，消費者可以取得建物的所有權跟地上權的持分，但現在的問題是在93年以後至去年的案件。

**主席（陳政務次長明堂）：**

是否為謝前副院長所提到第13點的部分？

**主席（謝教授在全）：**

第13點稍後再討論。建議于秘書長，法律的用語不使用「持分」，可否請使用「應有部分」。

**主席（陳政務次長明堂）：**

請教財政部國有財產署，公會提到在以前案例可以解決或不能解決的方式，轉變的過程為何？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

舊的案件原則上建築物所有權只能全部移轉予一人。至於使用權是不是能夠作為抵押貸款的部分，原則上尊重相關法律主管機關的意見。

**主席（陳政務次長明堂）：**

財政部國有財產署對於房屋使用權是否得作為貸款的標的沒有意見？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

原則上尊重相關法律主管機關的意見。

**主席（陳政務次長明堂）：**

銀行局對於房屋使用權貸款的意見為何？

**金融監督管理委員會銀行局黃副組長光熙：**

針對銀行授信而言，事實上也是以風險為考量。基本上除了考量借款人本身的信用、還款來源與借款目的之外，當然有關事前契約的部分也是按民法的規定辦理，民法的部分尊重法務部的解釋。

**主席（陳政務次長明堂）：**

貸款是用何種方式？

**金融監督管理委員會銀行局黃副組長光熙：**

基本上銀行與民眾之間還是依照民法相關規定執行貸款契約，對這個部分我們是尊重法務部的解釋。

**主席（陳政務次長明堂）：**

如果需要取得地上權，公會于秘書長所提到舊案不能融資，銀行貸款在實務上，是缺少什麼要件？

**不動產開發商業同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

重點是房屋使用權可否認為是銀行法第 12 條的擔保品，當作設定質權的標的。

**主席（陳政務次長明堂）：**

請銀行局思考舊案在借款的部分的問題。

**金融監督管理委員會銀行局黃副組長光熙：**

如果建築物的使用權能夠設定權利質權的話，當然銀行就可以進行擔保授信，銀行法並沒有限制。

**主席（陳政務次長明堂）：**

意思只要能設定權利質權就可貸款？請教各位學者，借貸實務而言，新的案件是依照作業要點第 16 點之 1 的規定，去年 9 月 30 日以前的案件，在貸款上會發生房屋使用權可不可以設定權利質權作為擔保，法理上有沒有什麼方式？

**林榮譽理事長旺根：**

主席、各位學者、各位代表大家好。今日討論的這個議題，拜讀



公會的研討會會議紀錄以及邱教授、陳副校長的意見，先講我的結論，如果要以區分建物的「使用權」設定質權的話，我的看法採否定說，我覺得這個問題是應該去探討國產署去年9月30日修正以前的作業要點，其限制有沒有理由，假設限制沒有理由，是不是只能以使用權設質作為唯一的解套方法，邏輯上應先這樣思考。昨天也稍微看一下外國規定，像日本法在地上權，基本上不禁止移轉和設定，不像我們民法規定是原則可以，但是有特約的時候可以禁止，日本物權法學者通說認為，假設是物權，就沒有什麼限制，另外依借地借家法規定，借地權住宅有以地上權設定部分，是不限制其再移轉或設定的；如果要限制的時候，可以用債權性質的普通借地權，或是事業借地權，或是附建物移轉的借地權，分的很細，再看我國地上權的規定，條文比日本多，但是日本另外有專法，所以現在看這個問題時，應該是想這個地上權設定的初始目的是什麼，假設初始的目的是在限制他去做事業用的，那當然目的性應該要有一些限制，他應該要永續利用，在這樣子的情況，後續的部分，像現在的作業要點第16點，地上權或地上權及地上物所有權的轉讓僅限一人，或許有其道理，如果這個地上權如同于秘書長說明，目的是照顧弱勢，現在台灣的房價確實是很高，在房價很高的時候，我們應該也要有另一種思考，是不是可以引進日本借地權的設計，允許有一些借地權住宅的可能性，假設可以的話，像京站的情形，我不認為他是一個使用權，他是一個區分所有建物，應透過信託法，將區分所有權與地上權一併信託，最終四十幾年、五十年以後回歸地上權消滅之後的處理。那麼這些情況為什麼要稱為使用權？我覺得這個部分應該去釐清到底是所有權的權能？還是分離出來的使用權？這個是我們第一個要討論。

公會也提了一些意見，像攤位設質的部分，但詳細研究判決或判例，基本上所有權跟使用權分離是一個特例而並非常態，像最高法院83年台上字第3243判例，基本上是區分所有權建物裡的停

車位的使用權，不可以自所有權脫離而單獨移轉，當然，把這個攤位營業使用權，當作債權設定權利質，這個部分變成一個特例，是不是要以這個特例要求區分建物的使用權作為設質標的，這個部分我覺得也有一點牽強。另外我們從權利質權相關的規定，權利質權可移轉的權利、可讓與的債權，就不動產的部分，只有以可設定或移轉的權利才可作為質權的標的，從解釋上好像有意排除使用權可以設質的可能性。從法解釋或是從必要性，從不同層面探討解決今日問題的可能性。個人初步看法是應該從國產署去年9月30日之前這些設定地上權的這些建物應如何處理。我覺得反過來應該是請教國產署，為什麼修正後作業要點限縮於適用修正後的案件，舊的案件僅能適用修正前作業要點，理由是否妥當。

**朱教授柏松：**

我大概提幾個重點加以說明，剛剛詳細聆聽公會秘書長的說明，才知道今天要討論舊制的部分亦即財政部舊制的作法是否合法。今天的主題是國有不動產設定地上權，建築物能不能移轉，新的規定已明白規定當然可以出售建築物，也可以出售地上權應有部分，但是舊的規定不能買賣。看到作業要點，知道是財政部公布的行政命令屬於適用特別情況，不過在民法領域裡，但是民法規定除非當事人有特約，或者是習慣上地上權不能讓與，否則民法第838條的規定，地上權是可以自由讓與或設定，有地上物時亦應一併讓與或設定，因此，財政部修正前作業要點的規定，其實我覺得不是很合理，這是第一點，不過現在因為作業要點增訂第16點之1，所以地上權應有部分可以轉讓，建築的房屋也可以買賣，今日所討論的問題應該不會出現。

那麼問題在於修正前之規定，地上權不能出售且地上物也不能出售，只能承租，承租的人本身可能大概關於錢，包括交租金給付或者他自己要建設要向銀行融資，所以今日所討論問題就是使用權本身能不能作為一個標的設定擔保向銀行融資，如果那個標的

本身是動產或是不動產，設定的擔保物權有兩個可能，一個是用權利質權論斷，一個是用不動產物權論斷，也就是屬於權利的抵押部分。我比較要強調的是今天我們所討論使用收益權是什麼定位（性質），它只是一個單純的權能？或是定位為一個物權？其實民法本來就有用益物權的名稱。關於租賃，民法第 421 條規定以使用收益為目的，民法第 765 條的所有權，也有使用收益的權能，用益物權更是主要以使用收益作為權能的物權，所以使用收益應該不是一個權利，而是一個權能，因此，今天如果要將使用權定位為是一個物權的話，可能大概必須透過修法，要不然透過第 757 條可以因習慣來產生的一個物權，看看是不是能透過判例來創設。其實以使用權為客體然後作為擔保的標的，設定擔保的一種對象，這種情況其實非常多，我只是提這個問題，如果現在這個問題是存在的，而且以使用權作為客體，拿使用權做擔保去向銀行來融資，這個案例其實是非常多，包括考慮把使用權單獨成立一個物權，我基本上是可以贊成，但是應該如何做，必須再花時間擬具出來，有一個具體的結論，這是第二點所應該要提到的。

第三點是如果要把使用權當成一個物權，因為像建商本身承租土地取得使用權，以使用權作為客體向銀行融資，這個時候到底要設定那個擔保物權？是屬於權利質權？還是屬於不動產權利抵押？如果定位為不動產的使用收益權能，那設定的擔保物權，比較好的大概就是權利抵押，但是單純以使用收益作為擔保物權的對象，就現階段而言，因為法律大概只有規定地上權、農育權跟典權，不動產役權根據第 853 條規定，包括如果是供役地、需役地一起來設定的話也應該是可以，不過那些都有特別的立法目的，所以恐怕如果要用以典權或者是地上權為他的標的來設定權利抵押的話，目的會受限，所以我認為如果把使用收益當成一種物權來設定擔保的話，那個使用收益權能，應該把他定位成物權創設另一權利抵押，可能比較好處理，所以我的結論，就是如果要

把使用權定位為一個物權的話，大概還要再討論，如果使用權定位為物權拿來做為客體設定擔保的時候，應該是權利抵押權可能比較適當，這是我初步閱讀這個資料所得到的一些心得。

**主席(謝教授在全)：**

在各位發言前，想接著林理事長和朱院長的意見提出若干想法，第一，贊成兩位的意見，使用權在民法上不外乎定位為物權或是債權，如果為物權，誰有權設定？設定的客體為何？存在於何處？存在於地上權還是存在於土地上？當然還有方才朱院長所提習慣法的問題，因為民法物權編尚無使用權的物權。第二，如果是債權，誰是債權人？誰是債務人？設定擔保物權，若經實行而拍定，拍定人取得的是什麼權利？與原來土地所有人、地上權人，發生什麼法律關係？可否請各位聚焦在以上問題。另外，方才提到最高法院 72 年度台上字 3233 號判決，以攤位租用權設質，攤位租用權以民法觀點而言，是租賃契約，承租人所取得的權利，因得出租人同意，承租人可以讓與，攤位得出租之公家單位同意，基本上是可以讓與，攤位租用權讓與以後，受讓人基本上會發生租賃契約承擔的問題，不是單單權利移轉，他也會變成承租人，與原來的出租人發生租賃關係。攤位租用權應可讓與，設定權利質權自無問題，這樣的見解是否妥適，也請各位指教。

**黃教授立：**

第一點，在看這規定時其實很訝異作業要點第 16 點之 1 沒有溯及既往，因為法律不溯及既往，當然這不是法律這是行政命令，但是要看民法總則施行法、民法債編施行法，對修法前的一些事實適用的規定就可以知道，法律不溯及既往是對執法者的拘束而非對立法者的拘束，所以在制定法規的時候，讓法規溯及既往其實沒有困難，如果作業要點溯及既往，今天這些問題就沒有必要。

第二點，會議資料第 3 頁提到租賃也認為是權利，租賃如果是權利的話，地上權住宅的使用收益範圍其實大於租賃，就民法第

425 條的規定來看，如果原來得標人把地上權住宅轉讓給別人，對於其他的使用收益人應該是沒影響的，所以不會有第 425 條的適用，他的權限應該是比較大而不是比較小，所以租賃可以是權利的話，那使用收益權應該也是權利，如果今天大家有共識的話，可以作成決議的方式，由執行機關根據決議去修改契約，也可以解決問題，由執行單位跟原先開發商先修改契約、協調補交差額，基本上也就沒有圖利廠商的問題，這個部分大概就可以圓滿解決問題。只不過看到作業要點第 16 點與第 16 點之 1 之後，有很多想法，不管在舊的第 16 點或是新的第 16 點之 1，對買受人、原先得標人或整批的受讓人，在建築物的部分，是創設附有終期的房屋所有權，跟過去所有權是永恆的觀念不同，是一種新型的所有權，當然台北市過去也作過 GS 停車位，依照建築管理規則、使用年限，設定有年限的所有權登記，不過會引起糾紛，當時問過地政司，就是如果年限到了，去鑑定認為仍然可以使用的話，所有權的歸屬會有爭議，所以這個議題其實是一種新的類型。過去雖然像水利會或仁濟院擁有土地，供人用地上權的方式來建築，但建築改良物所有權並無終期，且只要建物存在地上權就維持效力。跟此處之地上權建物所有權不同，其實是附有終期的，當然就會影響到銀行融資貸款。

不過看到作業要點的一些條文，有一些意見。作業要點第 16 點之 1 第 1 款規定：「地上權原得標人或依前點規定辦理全部讓與之受讓人，與執行單位簽訂無償管理契約…」，這個規定有點問題，第一，地上權原得標人或全部受讓人，已經先賺過錢了，不是無償，第二，地上權原得標人或全部受讓人後面還有一大堆事情要處理，這不是一個債務承擔的觀念，就整個契約義務來講沒有脫離，將來還是會有履約保證金求償的問題，現在變成無償委託管理契約，因為沒有看到契約內容，但是這樣的話會有很大的麻煩，把名稱定為無償管理契約，到時候這個契約，還要繳交履約保證金，機關用什麼身分取得履約保證金？原廠商用什麼身分

去管理？並不清楚，因為如果催收不到錢的話，原廠商要連帶負責繳清責任，原廠商不是一個管理人，管理人不做這種事，我想這部分要釐清。另外有關第 12 點地上權契約的部分也有問題，規範內容寫得模糊不清，實際上今天在契約的應記載內容必須要明確，例如「地上權消滅後地上物之處理」寫的模糊不清，其實在後面就寫得很清楚，例如第 20 點，地上權消滅後要如何處理，第 12 點關於地上權消滅後地上物的處理，應該寫依第 20 點規定辦理，會比較清楚。

再來我認為第 16 點之 1 沒有解決問題，因為很多規定都懸而未決，沒有明定，例如沒有規範買受人可不可以再轉讓？如果不能再轉讓的話，又會影響到今天討論的問題，因為買受人不能轉讓的話，雖然有建物所有權、持分地上權，可是如果不能轉讓的話，這些如果設定權利質權，因為沒有規範，沒有解決問題，所以如何設定權利質權？而且地上權住宅如果不能再轉讓，變現能力就欠佳，會影響市場價格，這個時候就被迫要採否定說，這樣其實是不對的，這個觀點我是存疑的。另外如果全部改成適用第 16 點之 1，銀行提供的融資條件，我認為還是不會有基本的變更，第一點是，要點規定不明，買受人可不可以轉讓，轉讓之後跟得標人或是整體受讓人之間的法律關係為何，都沒有釐清，沒有釐清的話，買受人如果再轉一手，將來會很麻煩。另外因為作業要點提到，如果原得標人或依照第 16 點整體的受讓人，如果有違約情事，執行機關可以提前終止契約，今天終止契約如果依照 16 點之 1 執行的話，買受人不一定有違約情事，國產署終止契約，買受人沒有違約，要如何處理，也沒有規範，也就是說買受人取得的權利有沒有問題，買受人與機關的權利義務有沒有受到影響並不清楚，所以這個部分我百思不得其解要怎麼處理。銀行評估風險的時候會當然會考量：第一，地上權有終期，所有權有終期，所以即使可以轉讓，如果比較接近終期的時候，就會有銀行不願再提供融資的情形，一般抵押權在債權消滅時候會存續五

年（民法第 880 條：以抵押權擔保之債權，其請求權已因時效而消滅，如抵押權人，於消滅時效完成後，五年間不實行其抵押權者，其抵押權消滅。），如果這個所有權的地上權滅失前五年，大概銀行就不會提供設質或融資，因為對銀行來說風險比較大，沒有轉圜空間，如果越到晚期的融資條件越不利，所以對買地上權房屋的人，應該有風險概念，比方說設五十年，如果買一千萬，就除以五十，一年多少錢，如果在同樣地段比房租便宜就會買，如果比房租貴，是否划算，必須考量評估，銀行當然也會去考量，越到後期，他的價值就越低，而且不確定性的法律風險在，萬一得標廠商被終止契約（被終止契約可能性很多，例如財務困難倒掉），這時候銀行不一定收得到錢，剩下就要找買受人，如果只依第 16 點之 1，契約沒有約定，風險有沒有解決，又地上權消滅之後，規定屆滿或終止契約之日起一個月內，將地上物所有權移轉給國有，沒有規定契約應預先作公證，如果買受人不知情，其效力沒有規範，在這種情況下對機關保障恐怕也不是很周延，以上意見供大家參考，謝謝。

**主席（謝教授在全）：**

請教黃教授，依據作業要點修正前之規定，地上權不能讓與，所以地上權的使用收益權也不能讓與，是否如此？至於修正前之規定是否正確是另一件事。

**黃教授立：**

絕對可以讓與。

**主席（陳政務次長明堂）：**

請教國產署，第 16 點之 1 增訂以後，為何不溯及既往？法理上，法律不溯及既往是法律適用原則，並不是立法原則，有什麼原因不溯及既往？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

增訂第 16 點之 1 時，我們也很審慎的思考以往的案件。當初大概有十年的時間，地上權按照當初市場環境，以及地上權不能全

部讓與的條件下，評定權利金底價，然後所有條件事實上都記載於契約，公告時也說明所有的條件，這個地上權不能讓與，也按照這樣的條件去訂權利金底價，經過公開市場的競標，得標以後，得標人繳錢，雙方簽訂契約，所以現在沒辦法回到過去的情形，回到十年前的條件，定這樣的底價，經過十年之後，按照現在的時空環境，要如何溯及？實務上沒有辦法溯及。例如有一個案件是九個人競標，競標人說當初的條件是如此，所以開出這樣的價錢，如果知道十年之後，地上權可以分戶移轉，說不定出的價錢不同，另外也考量整體市場環境的變遷，這部分整個機制是沒有辦法再回到過去的時空，當初確實很審慎的評估。另外再說明，幾位教授提到京站、臺北市政府的案件，其實與國有非公用土地設定地上權是不同，例如京站是有公共建設，臺北市政府那些都是公共建設，而在國有土地則是這塊土地標出去了，得標人回歸都市計畫使用項目，以廠商最有利的條件使用土地，沒有公共建設目的在內，所以與京站完全不同。又事實上全臺灣的公有土地現在唯一可以分戶移轉的只有國有土地，其他像臺北市有土地、新北市有土地、其他的各縣市政府原則上都還是比照國有土地102年9月30日以前修法的規定，不能分戶移轉，所以這裡沒有對或錯的問題，應該說限制有沒有道理，因為每塊土地都有行政目的。在國產署上一次的會議，有的公會或是銀行提到是不可以請其他的公有土地管理機關與國產署相同，放寬公有土地為分戶移轉，地方政府認為有他們的考量，所以不是只有國有土地，未來的各縣市的部分，新的案件還會繼續產生，以上說明，謝謝。

**黃教授立：**

剛才提到與BOT比較，因為看BOT有自償率的問題，如果自償率事後的發展其實不如契約預期的話，就有情事變更原則的適用，因為作業要點第16點的僵化規定，那麼廠商經營困難倒閉的話，恐怕也不是機關樂見的事情，所以我覺得就是說如果確實情事變更，本來就可以修改契約。如果今天的會議能有共識作成決議，



過去依照第 16 點處理的案件，現在改依第 16 點之 1 處理，這樣的話也許就讓原先可能倒閉的那些廠商可以活下去，對住戶也有實際利益，因為對那些住戶來講，有持分地上權與附終期建築改良物所有權，轉讓比較容易賣好的價錢；如果什麼都沒有，就是一個空的東西，如何出售？看起來好像買空賣空。如果按照第 16 點之 1，買受人至少可以確定地上權房屋有一定市場價值，不會受到一般買主的歧視，就是買一個雖然是有終期的東西，至少還有一張權狀，地上權至少還有持分，有一些東西在，才容易在市場上交易。其實國產署用這樣的方式，讓廠商在那邊痛苦，買受人也沒受到好處，也很難變現，現在已經後悔了現在想換房屋，很難脫手，價格也一定偏低，因為什麼東西都拿不出來，買受人花很多錢買，結果只有開發公司給買受人一張使用權限證明，這樣的話，買受人是否願意買？我覺得很難賣，從市場上觀察，如果體認這個事實，各方面權衡之後，是不是可以有變通的考量，也請大家斟酌。

主席（陳政務次長明堂）：

請教國產署，適用第 16 點之 1，標價是否一定比舊的高？

財政部國有財產署王組長秀時：

這是一定的。

主席（陳政務次長明堂）：

如果透過修改契約的方式，舊的案件有沒有辦法制定一個公式？

財政部國有財產署王組長秀時：

沒有辦法，以吉美建設公司標得民生社區國有土地為例，當初得標價又比市價更高，要如何去回溯，另外是十年前的東西，最早是 97 年第一個案子，也就是日勝生建設公司子公司的案子，在整個處理上是很困難的，而且剛剛提到的都已經考慮過，才會覺得不適宜溯及。

財政部國有財產署姚主任瑩：

另外補充，教授有提到一點，如果事業用途是作事業用的，看起

來限制建物不能部分移轉也有道理，其實這就是關鍵，當時在整個招標公告，都寫得很清楚，可以去評估，事實上得標廠商也有作事業用的，就蓋酒店不蓋住宅，如果今天要蓋的是一個住宅，建商應有能力評估這些法律要件；另外，到底有無發生情事變更，我們之前會商的時候也有討論，我們認為這個案子並沒有情事變更顯失公平的情形。

**陳教授榮隆：**

其實這些案子解鈴還須繫鈴人，本來應該是國產署解決，當年確實大家都是摸著石頭過河，當時國產署的很多的限制，是怕後面衍生問題，所以作一些規範，但是現在看起來那些限制已經沒有太大意義，所以國產署這一次才會感覺昨非而今是，在 9 月 30 日修改作業要點，這是否算契約情事變更，要點改變了當然是情事變更，所以其實國產署當時應該考慮配套，不是切割式的處理一半，當時應該把舊案處理也應該去思考要不要溯及，並應該有一個配套去處理這個部分，其實換約也沒什麼不合理，就是要再去估算價格，這也不是太困難的事情，所以這些案件最好走的路應該是要溯及並且配套處理。但假如朝不溯及的方向，則誠如我們今天會議所討論，該如何處理這件事情，一個方法就是承認其為物權性質的使用收益權，事實上社會上也都存在，有點類似第 757 條的新型物權，在國際上也很多這種使用收益的權利，且解釋為第 757 條物權性質的權利，且地政機關可以登記，在公示上，也可以解決目前融資的困境，此項融資對比較弱勢的購買地上權房屋的人，確實很重要，且比較符合活化國有資產及居住正義的基本理念，再不然的話，另一方法是承認其為債權性質的用益權，這種情況之下，就不是設定權利抵押，而權利質權；權利抵押要有公示的方式，所以承認它是一個習慣法上物權，去登記；權利質權的情況之下，公示方式就不須要登記，但將來就必須考慮風險會比較高，因為不動產以往都認為公示方法是靠登記，但是現在這一類的案件發展不需要登記的方式，另外其實也不排除縱使

是債權的性質也可以登記，在立法上也有一些債權事實上也可以登記，目前都是適用舊案而已，例子並不多，因為現在新案件可能比較好。另外既然國產署都修改作業要點，地方政府也有改的可能，而且既然依照國產署所說，價格會更高，地方政府何樂而不為，只要妥善規劃將來收回的機制，其實這是一個大家比較關心的問題，而且這個案件到最後恐怕也不是收回，而是契約更新的問題，總不會把這些人全部趕出去，重新再招標一次，所以直接趕出去的可能性不是很高。總之，本來最好方法應該是國產署回去依照黃教授所講的修改契約，這個就是情事變更，因為作業要點已經改變了，政策改變以後，可以去做一些改變，評其溯及但是要有配套；其次就是承認為第 757 條習慣法上的物權，順便也讓他去登記，再不然就是認定其為債權性質之使用權，允許能設定權利質權，以解融資擔保之需。最後要講的是事實上國產署這個作業要點有很多問題，不是增加第 16 點之 1 就可以解決所有問題。

**主席(謝教授在全)：**

請教陳教授，如果解釋為物權，第一個，設定的客體為何，是設定於地上權，還是土地？第二個，誰有權設定？若是地上權人設定，地上權人設定在地上權上還是設定在土地上？典權的情況下，有轉典權，是不是有類似性；如果是使用權，地上權人是債權人，債務人就是取得該使用權之使用人，則在民法債編地位上，這是有名契約還是無名契約，還是屬於新型契約？

**陳教授榮隆：**

先講債的部分，因為地上權人以其衍生的權利，當事人是地上權人和受讓人，這個問題比較簡單一點。至於要不要承認這是一個新型的契約，還是用租賃契約解決，其實它的性質上是超越租賃，但是可以用租賃解決；而物權部分，到底是由地上權人設定，還是由土地所有人設定，假如還是由土地所有人去設定，用益權已經不在所有人，所有人若以之設定，問題會複雜一點，所以國產

署可能會擔心。若是在這情況之下允許地上權人設定，這時候要處理善後的問題就是地上權人，地上權期限屆滿之後就一起消滅，這樣問題會比較單純一點。

主席(謝教授在全)：

所以是以地上權為設定之客體？

陳教授榮隆：

對。

邱教授聰智：

我想黃教授的觀點是對的，而且正本清源。基本上行政機關以要點限制人民權利，在法制上是為了自己行政上方便，而依要點所簽訂的契約，要點修改對於契約而言，應該是國家政策變動，契約應該更新，這是一個常態國家應該這麼做，不過目前而言，契約更新也就是所謂的溯及既往，財政部國產署相當的慎重，是民氣的問題，所以今天他們不能去面對這是台灣政策的現象、法治的退讓，希望財政部應該考量既然刪除限制，就應好好制定，一定非常辛苦，依現在的民氣一定會受盡責難，不過一個錯的政策執行十年，這個責難面對法治的前途、人民的需要，我想是應該要考量。短期內要將作業要點溯及既往十分困難，所以就目前擔保的問題，也請大家重視。

補充個人見解，使用權如果不是物權性的使用權就是債權性的使用權，而黃教授的見解非常貼近事實，這是比租賃更強的使用權，如果地上權三十年就到期，租賃權二十年也到期，今天大概就不會有這些問題，因為十九世紀以前的社會，那時一棟房子二十年以上還完好的不多，但今日已有所不同。以使用權作為交易的標的，我想這是現況也是實況，目前以使用權作為設定擔保，如果是不動產使用權的設定擔保，因為我們對於權利抵押有明文規定三種為限，所以很難當作權利抵押。所以朱教授認為開拓權利抵押，我也希望可以如此做，但反觀目前都是以質權方式處理，我想這種相當廣泛，例如健身中心本身就是使用權，會不會受限制？

高爾夫球場的開發也是一個例子，開發之後由另外一個公司經營，經營公司把高爾夫球場會員和使用權買過來經營，整套向銀行融資，這種使用權的融資，即是用權利質權去設質，我想不只高爾夫球場，現在公司經營亦是，尤其像百貨公司，就是對於不動產物權的使用權，所有權還是本來的所有權人，公司的資產有一部分就是這個使用權，而且可以融資。所以不動產使用權可以融資並可以設定權利質權，這是現代交易不可避免的，而且是實際情況。這已經不是我國民法當初制定時可以預料的情況，所以目前以設定權利質權的方式，在十年前要以權利質權的方式是不可能的，因為以前是物權法定主義，而現在把它當作習慣法上的不動產權利抵押，而法律文字要稱為權利抵押又或者是權利質權待法律人處理完法律爭議，社會再處理我想可以。所以既然這是現實問題，我們就這些特殊個案解釋為不能設定質權可以轉讓，企業經營尚可以設質，人民卻不能設質，違反平等原則。所以這種情形，到底要下如何的結論，以不動產的權利抵押依習慣法解決我是贊同的。

**黃教授立：**

提供一個想法給國有財產署及相關業界，因為在公共工程，對於新增的工項，廠商提出來的估價我們是不參考的，會要求相對人訪價後提出，我們都是以市價乘以標比。國產署可以鑑價，以改良建物的區分所有權並附有終期，請不動產估價師去鑑價，去銀行公會鑑價，這差價再去乘以原來得標的標比，廠商向主管機關繳交差價，用這樣的方式就不會有圖利廠商的問題。廠商與買受人間的問題由廠商自行解決。

**主席（陳政務次長明堂）：**

財政部可以參考，因為鑑價程序是蠻複雜的也沒辦法現在答覆，思考有沒有提標準值的可能性。

**林榮譽理事長旺根：**

剛剛提到設質的部分，如果是用權利質登記的部分有點困難，以

現在土地登記規則或是將來登記法，從程序來看，如果法律尚未修正，用權利抵押或權利質權登記，可能要整個配套處理。其實從日本法來看的權利質，動產質、不動產質和權利質，權利質也包括不動產物權，而它的質借權可以登記，所以以這種立法來解決，登記機關就可以配合。但今天以民法第 757 條習慣法上的物權登記，我認為至少要經過一段時間去確認，不能用這一次會議就認定為習慣法上的物權，即便是以脫離區分所有權的使用權，基本上是一個非常態的。根源在於國產署可以思考，在十年前該要點並不常被使用，而今，物權法也已修正，地上權建物也已較為普遍，很多狀況都已經改變，可謂為情事變更。而參考日本的借地權已經將近有百年了，那這百年當中以前的借地權是不斷更新，只要房子還在使用就會更新，後來發現這樣做不太好，所以發展很多普通借地權、事業借地權或是附建地移轉的借地權等等，把這些內容提供大家參考，舊的借地權是時間到不經地主同意而更新，就如同我國不定期租賃的更新，若是設定定期借地，經過三十年或五十年，時間到借地權人就必須負責拆除，將建地還給原主，一般人會感到疑惑，為什麼可以這樣做，那就透過公證和信託；事業用的借地權，自宜限制移轉對象，若是像附建物移轉的借地權，房子滿三十年或五十年還可以用，就是把建物一併移轉給土地所有權人，一樣是透過公證或是信託。何況現在公有土地的活化是要照顧弱勢，總是要讓弱勢的人可能取得住宅的權利，我們應該更要強化地上權住宅的方向，我們應該要慢慢改變方向，像日本房屋的土地持有率只有五成，其他都是借地權，我們現在自住部分太高，應該作一些多元的考量或改良，我個人還是覺得現在發展成為設質的方向等，配套修法部分一定要做，否則這部分只是把困難從左手移到右手而已。

主席（陳政務次長明堂）：

補充邱教授提到租賃權的部分，民法第 449 條尚未三讀通過，但已經協商通過租賃權改為四十年。

**邱教授聰智：**

將年限延長，成本越來越高，五十年回收不夠，所以放寬變成七十年？

**主席（陳政務次長明堂）：**

第 449 條修正，可以隨著時代增減租金。

**朱教授柏松：**

一般租屋是二十年，但租地建屋不受限制。

**內政部地政司施專門委員明賜：**

解鈴還需繫鈴人，當然國產署也提到這是基於公平性的問題。至於使用權是不是可以成為物權，目前民法第 757 條已明文物權法定主義，配合土地登記規則第 11 條也提到區分所有建物無法隨同抵押設定，當然國產署也有解釋，我們現在物權法定主義，沒有登記的土地除了法令或是我們登記規則另外有規定之外，不得為他項權利的登記或是限制登記，所以我們配合目前在標識簿、所有權簿跟他項權利簿有登記或是相關註記，辦理物權登記。本來不動產的使用權我們認為不是法定的一種物權，所以目前機關無從受理這種登記，但是否可認為是習慣法上的物權，參照最高法院 17 年上字第 613 號判例和最高法院 19 年上字第 916 號判例要旨，習慣法的成立一定要多年慣行的事實，和一般民眾有確信性基礎，在司法機關也只是將使用權視為債權性質，可讓與的使用權設定質權以後，係準用民法債權編的權利讓與規定，這一部分最高法院 72 年的判例也有針對使用權是這樣的見解，因為租賃和使用權是比較相近，一樣可以作使用和移轉，基於民法的安定性，我們認為不應該將使用權解釋成習慣物權。至於不動產開發公會全聯會建議開放允許使用權設質並註記在登記簿上，因為民法目前是不承認這種不動產質權，目前是定性在債權性質，不是我們不動產應登記事項，故並無理由將這樣的使用權註記在登記簿，以上簡單說明。

**內政部地政司張科長燕燕：**

再補充一點，參考最高法院的判例，習慣法的成立一定要是多年慣行的事實，和一般民眾有確信性基礎，實務上對於使用權為所有權一部分或是地上權一部分，不管它是權利或是權能，是不是為物權，我們認為，參考一些資料，似乎是在93年6月以後就必須移轉給同一人，不能切割移轉，故在93年之前可以切割移轉，從93年到去年9月30日這段期間，標售的不一定都是區分所有建物，所以案例應該相當少，另外十年的時間是否可以視為多年的習慣？我們的態度存疑。另外贊同租賃的概念，租賃予他人使用收益，和今天討論的使用權概念是接近的，既然租賃是在債權內，又將使用權當作物權，這裡有些奇怪，而使用權要設質，而且要在登記簿註記，若使用權無法在登記簿為登記，無從為從權利的註記，若在實體法尚未有明確規範或是判決之下，讓行政機關研析如何為登記方式以示公示，我們認為這是要長期討論，而不是一次會議就確定。

**不動產開發商同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

內政部地政司提出的註記登記，我們並不是建議登記不動產質權，而是希望如果這個使用權可以作為權利質權，以註記的方式放在登記簿內的其他登記事項，並不是透過登記成為權利的生效方式。

**內政部地政司張科長燕燕：**

應登記於何項？

**不動產開發商業同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

放在其他事項欄，應該可以放在標識簿別。用註記的方式，但註記並非生效要件，而是意思通知，至少透過註記讓公式性可以存在，這對交易安全是有幫助。因為在實務上有很多也是透過註記的方式，像水資源保護，如果領取補償費，就將領取補償費這件事登記於補充欄裡面，讓任何人可以得知此土地之前手已經領取水資源補償費，所以這種註記不是生效要件，只是一個意思通知。



**主席（陳政務次長明堂）：**

請問內政部地政司說明這種註記如何進行？

**內政部地政司張科長燕燕：**

至少方才公會舉例水資源保護的部分，土地登記簿並沒有這樣的註記，我們內部之前有召開相關會議，什麼事項在登記簿上註記，是有規定的，否則地政機關執掌會不夠明確，而且登記簿會變成雜記的事項，登記簿會變成雜記簿。

**邱教授聰智：**

如果看傳統的使用權交易或使用權設質，這些是很特例的事情；但是如果走進財經社會，大部分公司土地都是租來的，除了一般公司、百貨公司、高爾夫球場、健身中心等等，傾向將不動產使用權作為公司資產的一部分，尤其是高爾夫球場，幾乎都是不動產使用權去設質，才得以繼續經營，這樣的事實已經行之多年，不會是 93 年以後，是不是算多年的慣行，而且至少在企業界可以確信的法律一部分，若是以比較寬容的態度面對社會，在座的先進認為，其名義上為質權，因為當初還沒有習慣不動產這個名詞，之前的那種設定擔保，法律人將來如何回歸為不動產的權利抵押，這是很有意義的。如果以今天涉及的使用權住宅是從 93 年至去年這麼短的時間而否定不動產質權名義去設定擔保，不是多年慣行或是有法律面的存在，是和社會的交易實情背道而馳。

**朱教授柏松：**

今天討論這個問題，我想在國有土地設定地上權，建築房屋，一定會有契約，國有財產署不會沒有契約。而契約應如何定性，是房屋租賃契約？房屋使用借貸契約？還是房屋使用收益契約？如果是房屋使用收益契約，房屋的收益可以作為使用權，就要定位它是債權還是物權；若是房屋租賃契約，本來就有租賃契約，為什麼還要認為是物權契約？把它當作物權使之為權利抵押之標的成立權利抵押權，這是不可能的事情，直接用債權為標的成立權利質權契約就可以。我們今天需要討論的這個問題，財政部

是否在簽訂契約時，就是用使用收益契約這種名稱？如果如此，才會有使用收益權要不要定位為物權還是債權，它的擔保本身是權利抵押還是屬於權利質權，應該釐清。

**財政部國有財產署王組長秀時：**

財政部國有財產署和地上權人訂立一個契約，至於後續則是地上權人和房屋買賣者雙方成立的契約關係。

**主席(謝教授在全)：**

國有財產署以設定地上權作為解決住宅欠缺的問題，值得欽佩。

**財政部國有財產署王組長秀時：**

這部分必須補充，其實當初將國有土地設定地上權的政策方向相當單純，並沒有要以設定地上權來解決住宅欠缺問題，住宅政策是屬內政部權責，非財政部國有財產署業務職掌。

**主席(謝教授在全)：**

還是要表達欽佩之意。

**財政部國有財產署王組長秀時：**

設定地上權的案件和一般公共建設不同，財政部國有財產署設定地上權的案件標脫之後，係由得標人，也就是地上權人，回歸使用管制的項目進行開發。

**主席(謝教授在全)：**

首先，以設定地上權方式處理住宅欠缺問題，還是值得肯定，是很好的政策，就算當非住宅使用亦是一個好的政策，因為不是把土地當財政工具，把土地當成財政工具就會形成嚴重的炒土地問題。

第二，如果把地上權所產生的使用權當作習慣法的物權，地政司認為可能還不能滿足習慣法的條件，不是說使用權作為擔保物權客體不滿足條件，這點必須要注意。當然運用民法第757條習慣法的規定，形成新物權，個人是樂見其成，希望大家可以多運用，但是這樣的使用權，是否已滿足習慣法的要件，確有疑義，法院會不會接受更是問題。

第三，與朱院長想法相同，如果地上權人可以得標的土地的使用權讓與給建築物買受人，定位為何？最典型不外是使用借貸與租賃。在有償情形下，租賃是最相近的，若依黃教授的論點，使用權比租賃權更大，舉輕明重。剛剛我舉的第三點，到底可否成立？可否出租？如果不可以出租，給別人使用權，類似讓與出租更是不可以。這是根本問題，國產署還未肯定說明這個問題，可以時，這個問題是可以解決的。解決以後，邱教授很清楚，國內的使用借貸和租賃，本質上不具讓與性，只有基地租賃才具有讓與性，使用收益權是否具有讓與性？若不具讓與性，如何作為質權之權利客體？當作租賃權，這個問題就會單純一點，地上權標的物出租，只須出租人即地上權人同意其讓與就可以，就像攤位租賃。地上權人可否將土地出租？這裡不是空地出租的問題，是建築物建好之後出售，一併將土地出租予買受人？

**財政部國有財產署王組長秀時：**

只限制建物不得部分出售。

**主席(謝教授在全)：**

至少可以出租，就是不能賣。這樣問題就比較單純一點，用租賃就可以解決，租賃解決之後，地上權人訂立租賃契約，同意後手可以讓與，否則設定權利質權，又不能讓與，就會產生問題。最後還是贊同很多學者的呼籲，國產署既然增訂作業要點第 16 之 1，應該一體適用，雖然會有困難，但站在要推動有感經濟的角度來看，這是最有感的，也沒有圖利他人問題。執行上雖然困難，應該能解決。如果可以溯及既往，在民法來說，是契約內容變更問題，是地上權設定條件的變動。

**陳教授榮隆：**

聽了以上的論述，認為可行的方式有三種，第一是國產署應該有感的和勇敢的去做，修改契約讓它溯及適用舊案，但是要有配套，也是黃教授提到的配套措施，就是鑑價的調整，這樣就沒有圖利的問題，並可使資產更加活化。另外就是這是不是習慣法上的物

權，並非地政司剛剛所提到的，這次物權編修法，很多都是債之關係部分的登記，當事人約定為了對抗第三人，所以去登記。我們目前可以解決的，就是讓他設定權利質權，銀行局也沒意見，只要大家共識認為可以設定擔保，問題就可以解決，而且現況也是如此，至少會議共識認為是可行的，只是我認為國產署需要再檢視作業要點，可以請教我們這些專家。

**邱教授聰智：**

建物不得移轉和讓與，指的是所有權不得讓與，使用權可以買賣。

**主席(謝教授在全)：**

建物所有權不得讓與？

**邱教授聰智：**

建物所有權不得部分讓與，而是整體讓與予一人。

**主席(謝教授在全)：**

想要解決的是買受人去融資，買受人買全部當然是沒有問題，買一戶是否買使用權？

**邱教授聰智：**

當初的條件是五十年，要用租賃。而不管使用權多久，還是有房屋，這是針對買賣，如果是租賃，就是一個承租人，所以權利義務並不相同。所以同意如果是使用權買賣，就可以轉讓。

**主席(陳政務次長明堂)：**

買賣的使用權是有期限？如果一定有期限，如果是陳榮隆教授提到第三點情形，名為買賣實為租賃，在買使用權的情況下，所買的使用權是否可作為權利質權？作業要點修正前規定，是買使用權還是出租使用權？能不能作為權利質權？

**主席(謝教授在全)：**

幾位學者的見解，定位為地上權人和買受人之間債的關係，債的關係的內容為何，則依照契約內容，最主要是使用收益權，當然還有其他約定的可能性。其次，這個使用收益權是否具有讓與性，

因為租賃原則是不具有讓與性。

**邱教授聰智：**

讓與性是主觀的，主觀上認為可以讓與。

**主席(謝教授在全)：**

對，只要地上權人同意。

**主席(陳政務次長明堂)：**

謝前副院長談到權利質權，不是國產署是否修改契約的問題，讓與性可否當作權利質權來看，不涉及物權變動，各位有何意見？

**林榮譽理事長旺根：**

是否具有讓與性還是要國產署同意。

**主席(謝教授在全)：**

地上權人出售房屋的使用權，同意買受人可以移轉？

**主席(陳政務次長明堂)：**

陳榮隆教授所提到的第三點？

**主席(謝教授在全)：**

是債之關係。

**主席(陳政務次長明堂)：**

可否作為融資標的？具有讓與性是否即可以融資？是否和土地登記無關？請教銀行局，具有讓與性但其契約內容可能是使用收益等等，但契約內容不完全一樣，與作為權利質權之標的是否有關係？

**金融監督管理委員會銀行局黃副組長光照：**

剛剛先推出一個結論，地上權人和買受人之間的關係，它是借貸關係，這個債之關係是雙方可以議定，依照國產署的機制，他們也同意這樣的讓與，當然是可以設質，可以成為權利質權的登記，就符合銀行增補擔保品，就會視為權利質權。當然今天結論對於銀行擔保上有所幫助是樂觀其成。

**主席(陳政務次長明堂)：**

請教國產署，對於陳榮隆教授提到與謝前副院長補充根據契約內

容設定權利質權可行性？

**朱教授柏松：**

當然有可行性。

**主席(謝教授在全)：**

只要未違反公序良俗。

**朱教授柏松：**

這裡是強調有無公示性。

**主席(陳政務次長明堂)：**

沒有公示性，因為地政機關也沒辦法登記。

**財政部國有財產署王組長秀時：**

因為租賃不用登記。

**主席(陳政務次長明堂)：**

如果是權利質權為標的，請問林理事長的見解如何？

**林榮譽理事長旺根：**

補充學者的意見，如果是以地上權的使用收益權利去設定質權，這部分本來就不需要禁止，也無須公示，甚至地上權人也可以發權利質這種憑證，讓金融機構可以去評估他的擔保價值，這部分方向較租賃更長的使用權，用債權性質來處理，我個人是贊成。

**主席(陳政務次長明堂)：**

請問公共工程委員會意見？

**行政院公共工程委員會吳科長明峰：**

對於設定權利質權的標的沒有特別的意見。但如果今天決議認為可以做為權利質權標的，剛剛也有提到，這可能會牽涉到契約變更。

**不動產開發商業同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

是指9月30日之前的案件，如果有涉及政府採購法的部分。

**行政院公共工程委員會吳科長明峰：**

原設定地上權人案件如適用政府採購法，若法務部決議地上權人得以地上權之區分所有建物使用權為權利質權之標的，且機關亦

同意地上權人以其得標地上權之區分所有建物使用權提供設定權利質權，應辦理契約變更。惟地上權人勢必因而獲得利益，該利益如何由機關及訂約機關共享，其分配比率應載明於契約變更文件，機關應獲得多少百分比以上之利益分配比率始為合理，似可討論。

**財政部國有財產署王組長秀時：**

公共建設案子不適用政府採購法，所以工程會提到的是比較涉及公共工程方面，其實兩者是不一樣。

**行政院公共工程委員會吳科長明峰：**

這個部分原則上不適用政府採購法，但是因為有極少數案件是會和對價關係聯結，所以我們是對剛剛極少數的案例提出意見。

**主席（陳政務次長明堂）：**

請問法制司有無意見？

**本部法制司高科長慧芬：**

無意見。

**本部法律事務司陳科長忠光：**

再確認，地上權人與區分建物買受人之間，基於債權關係設定權利質權，設定之標的係指使用收益之權利，還是契約？設定權利質權之標的為何？

**主席（謝教授在全）：**

買受人對地上權人的債權。

**本部法律事務司陳科長忠光：**

地上權人與買受人之契約是有名或無名契約？

**主席（謝教授在全）：**

依幾位學者之見解，是無名契約，若為有償，類似租賃。

**主席（陳政務次長明堂）：**

請問有無其他意見？

**不動產開發商業同業公會全國聯合會于秘書長俊明：**

建議國產署再考量情事變更部分。

**主席（陳政務次長明堂）：**

有關國產署的部分再綜合處理，我們是提供國產署意見作為參考，不能要求與拘束國產署。

**金融監督管理委員會銀行局黃副組長光照：**

請問今天做出比較正面性的結論，是否屬於法務部對於這樣型態的權利比較明白的解釋？

**主席（陳政務次長明堂）：**

並非絕對的結論，今日與會者的意見會再做整理，應該會給原則規範作為參考，現在並無決定性的結論。今日會議到此結束，謝謝各位。

散會：上午 11 時 35 分

主席：陳明堂、謝在全

記錄：林育嫻、宋美倫



法務部研商「以地上權之區分所有建物使用權提供設定權利質權可能性之探討」會議簽到簿

一、時間：103年1月15日（星期三）上午9時30分

二、地點：法務部2樓簡報室

三、主席：陳政務次長明堂、謝在全教授

四、出席者：

(一)學者專家

出席者	簽名
朱柏松教授	朱柏松
黃立教授	黃立
詹森林教授	
陳忠五教授	
鄭冠宇教授	
楊佳元教授	
林旺根理事長	林旺根

(二)行政機關

行政機關	職 稱	簽 名
<p>司法院 民事廳</p>		
<p>內政部 地政司</p>	<p>專門委員 科長 專員</p>	<p>施明賜 張燕燕 張翠恩</p>
<p>財政部 國有財產署</p>	<p>科長 主任</p>	<p>刁才亨 姚 瑩</p>
<p>金融監督管 理委員會 銀行局</p>	<p>副組長 稽 核</p>	<p>黃光熙 林秀蓮</p>
<p>行政院公共 工程委員會</p>	<p>科長</p>	<p>吳明輝</p>

(三) 中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會

	簽 名
中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會	邱 煜 智
中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會	邱 煜 智
中華民國不動產開發商業同業公會全國聯合會	陳 宗 光

五、列席單位及人員：

本部法律事務司	司 長	邱 美 育
本部法律事務司	副 司 長	鍾 瑞 蘭
本部法律事務司	專 門 委 員	郭 全 慶
本部法律事務司	專 門 委 員	邱 銘 堂
本部法律事務司	科 長	陳 忠 光
本部法律事務司	專 員	郭 曉 菁
本部法律事務司	科 員	王 上 維
本部法制司	專 員	高 碧 芬
	助理研究員	林 育 嫻
	助理研究員	宋 美 倫